

Azzurra Muccione

**LE MISURE DI CONTRASTO
ALL'« EPIDEMIA GLOBALE DEL
TABACCO » ALLA PROVA DEL
DIRITTO OMC. IL CASO
*AUSTRALIA - TOBACCO PLAIN
PACKAGING***

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

LE MISURE DI CONTRASTO ALL'« EPIDEMIA
GLOBALE DEL TABACCO » ALLA PROVA DEL
DIRITTO OMC. IL CASO AUSTRALIA -
TOBACCO PLAIN PACKAGING

Abstract. — *The Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) requires States to adopt measures reducing the attractiveness of tobacco products. However, a successful implementation of FCTC depends on the consistency of those measures with obligations of States stemming from international trade law. The article analyses the WTO panel report on Australia - Tobacco Plain Packaging, which considered that a “plain packaging” measure adopted by Australia is consistent with WTO obligations concerning the reduction of technical barriers to trade and the use of registered trademarks. Notwithstanding the crisis affecting the WTO Appellate Body, the Australia - Tobacco Plain Packaging panel report has been appealed. Therefore, this article dwells on some systemic issues concerning the WTO, such as the relationship between WTO Agreements and external treaty systems.*

143

SOMMARIO: 1. Le misure australiane sul *plain packaging* dei prodotti del tabacco e il potenziale conflitto tra queste e gli accordi in materia commerciale. — 2. La contestazione della misura australiana nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e la rilevanza del rapporto del *panel*. — 3. Il profilo della controversia relativo agli obblighi sulla riduzione degli ostacoli tecnici. — 4. Il profilo della controversia relativo alla disciplina multilaterale sulla tutela della proprietà intellettuale. — 5. L'impugnazione del rapporto del *panel* da parte di Honduras e Repubblica dominicana. I riflessi del ricorso su alcune questioni di rilievo essenziale per il sistema OMC.

1. *Le misure australiane sul plain packaging dei prodotti del tabacco e il potenziale conflitto tra queste e gli accordi in materia commerciale.* —

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

AZZURRA MUCCIONE

L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha pubblicato un nuovo rapporto sull'« epidemia globale del tabacco »¹, dal quale si evince che sempre più Stati, non solo occidentali, attuano politiche di controllo del consumo del tabacco in conformità alla Convenzione-quadro per la lotta al tabagismo (*Framework Convention on Tobacco Control*, FCTC)², sebbene un gran numero di Stati non abbia ancora dato attuazione a tutte le diverse tipologie di intervento previste da tale Convenzione³.

Alcune delle misure di contrasto al tabagismo più incisive indicate dalla FCTC (non a caso particolarmente avversate dall'industria del settore) sono quelle che riguardano l'aspetto dei prodotti del tabacco. Tali misure sono oggetto degli articoli 11 e 13, relativi, rispettivamente, al confezionamento o alla etichettatura dei prodotti e al divieto di pubblicità, promozione o sponsorizzazione degli stessi. In base alle Linee-guida di attuazione delle disposizioni indicate, gli Stati contraenti dovrebbero adottare misure che *restringano* o *proibiscano* l'utilizzo di loghi, colori, immagini del marchio o informazioni promozionali « other than brand names and product names displayed in a standard colour and font style (*plain packaging*) »⁴, al fine di evitare che le caratteristiche del confezionamento distraggano l'attenzione dei consumatori dalle avvertenze relative ai danni alla salute causati dal fumo, ma anche al fine vuoi di colpire l'attività di promozione che si estrinseca attraverso il *packaging*,

144

¹ WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, Offer Help to Quit Tobacco Use, 26 luglio 2019, www.who.int/tobacco/global_report/en. L'espressione « epidemia globale del tabacco » si rinviene nel primo considerando del preambolo della Convenzione-quadro dell'Organizzazione mondiale della sanità per la lotta al tabagismo (v. *infra*, la nota successiva): « the spread of the tobacco epidemic is a global problem with serious consequences for public health that calls for the widest possible international cooperation and the participation of all countries in an effective, appropriate and comprehensive international response ».

² La Convenzione è stata adottata il 21 maggio 2003 durante la 56^a Assemblea mondiale della sanità ed è entrata in vigore il 27 febbraio 2005, dopo essere stata ratificata da 40 Stati. Attualmente ne sono parti 181 Stati. L'Italia l'ha ratificata in base alla l. 18 marzo 2008 n. 75 (G. U. 17 aprile 2008 n. 91, suppl. ord. n. 97).

³ Secondo l'OMS, nell'azione di contrasto al tabagismo le maggiori sfide che si pongono agli Stati derivano dalle innovazioni dell'industria del tabacco (innovazioni concernenti soprattutto prodotti, come le sigarette elettroniche e le sigarette senza combustione, generalmente presentati come un'alternativa meno dannosa per la salute, senza che sussistano sufficienti evidenze scientifiche che ne accertino la sicurezza così come l'idoneità a ridurre la dipendenza dal consumo dei prodotti tradizionali), nonché dalla « systematic, aggressive, sustained and well-resourced opposition to tobacco control measures » da parte dell'industria del settore: cfr. WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, cit., p. 60.

⁴ Cfr. Guidelines for Implementation of Article 11 of the WHO FCTC, Packaging and Labelling of Tobacco Products, adottate durante la terza sessione dalla Conferenza delle parti della FCTC, punto n. 46.

CONTRASTO AL TABACCO E OMC

vuoi di impedire che quest'ultimo veicoli l'idea che alcune tipologie di prodotti siano meno dannose di altre ⁵.

Tra gli Stati parti della FCTC, l'Australia ha adottato per prima, nel 2012, una normativa sul *plain packaging* dei prodotti del tabacco. Sebbene l'iniziativa australiana non sia rimasta isolata ⁶, un possibile limite alla diffusione delle misure in questione deriva dall'eventuale incompatibilità di esse con alcuni obblighi internazionali in materia economica. La legittimità della normativa australiana è stata contestata, infatti, dapprima in relazione ad un trattato bilaterale sulla tutela degli investimenti esteri e poi in relazione agli obblighi derivanti dalla partecipazione dell'Australia all'OMC. Nel primo caso, il procedimento arbitrale avviato dall'investitore estero (Philip Morris Asia Ltd.) si è concluso con l'accertamento di un difetto di giurisdizione del collegio arbitrale ⁷. La controversia nel sistema OMC, invece, non è ancora terminata: i ricorsi presentati da quattro Stati membri sono stati esaminati da un *panel* che ha accertato la compatibilità della misura australiana con il diritto OMC ⁸, ma due tra gli Stati soccombenti hanno presentato ricorso all'Organo di appello.

145

⁵ Cfr. *Guidelines for the Implementation of Article 13 of the WHO FCTC, Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship*, adottate anch'esse durante la terza sessione dalla Conferenza delle parti della FCTC, punti 15-17.

⁶ Paesi quali Arabia Saudita, Francia, Irlanda, Norvegia, Nuova Zelanda, Regno Unito, Thailandia, Ungheria e Uruguay hanno già adottato normative sul *plain packaging* dei prodotti del tabacco. Per una breve presentazione di tali misure v. *WHO Global Tobacco Epidemic Report*, 2019, cit., p. 94 ss.

⁷ Cfr. decisione nel caso *Philip Morris Asia Limited c. Australia* resa dal collegio arbitrale il 17 dicembre 2015 nel procedimento avviato dall'investitore in base al Trattato bilaterale sulla protezione degli investimenti esteri concluso tra Australia e Hong Kong il 15 settembre 1993. È opportuno citare al riguardo anche il caso *Philip Morris c. Uruguay*, procedimento arbitrale volto a contestare, in base a un trattato a tutela degli investimenti esteri concluso tra Uruguay e Svizzera, una misura adottata dall'Uruguay per certi aspetti simile a quella australiana sul *plain packaging*. La decisione del collegio arbitrale relativa a tale caso ha stabilito la conformità della misura in questione agli obblighi in materia di tutela degli investimenti previsti dal Trattato Uruguay-Svizzera. Per un commento v. FOSTER, *Respecting Regulatory Measures: Arbitral Method and Reasoning in The Philip Morris v. Uruguay Tobacco Plain Packaging Case, Review of European, Comparative and Int. Environmental Law*, 2017, pp. 287-297. Più in generale, v. MITCHELL, *Tobacco Packaging Measures Affecting Intellectual Property Protection under International Investment Law: The Claims Against Uruguay and Australia*, in *The New Intellectual Property of Health. Beyond Plain Packaging* (a cura di Alemanno e Bonadio), Cheltenham/Northampton, 2016, pp. 213-233; VADI, *Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law*, *Stanford Journal of Int. Law*, 2012, pp. 93-130.

⁸ Rapporto del *panel* relativo al caso *Australia - Tobacco Plain Packaging*, doc. WT/DS435/R-WT/DS441/R-WT/DS458/R-WT/DS467/R, pubblicato il 28 giugno 2018. Si tratta di

AZZURRA MUCCIONE

Il presente contributo intende esaminare criticamente alcune questioni oggetto del ricorso dinanzi all'Organo d'appello, dopo aver analizzato i principali accertamenti del *panel*, che hanno particolare rilevanza per le soluzioni raggiunte in ordine al tema del rapporto tra il diritto OMC e le norme internazionali a tutela del diritto alla salute — una relazione che da tempo è oggetto di interesse da parte della dottrina in ragione del rischio di conflitto tra i due regimi ⁹.

2. *La contestazione della misura australiana nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e la rilevanza del rapporto del panel.* — Tra il 2012 e il 2014, Honduras, Repubblica dominicana, Indonesia e Cuba hanno richiesto, in quest'ordine, dapprima consultazioni con lo Stato « pioniere » del *plain packaging*, l'Australia, e poi la costituzione di un *panel*, contestando la contrarietà della normativa australiana rispetto a numerosi articoli dell'Accordo sugli aspetti relativi al commercio della tutela della proprietà intellettuale (Accordo TRIPs), nonché rispetto all'art. 2, par. 2, dell'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi (Accordo TBT), disposizione ai sensi della quale le normative che regolamentano il commercio dei prodotti non devono essere più restrittive di quanto necessario a perseguire un obiettivo legittimo.

Il *panel* incaricato di esaminare le contestazioni proposte dai quattro Membri dell'OMC ha pubblicato il proprio rapporto nel giugno 2018, con forte ritardo rispetto alle scadenze previste dalla *Dispute Settlement Understanding* (DSU). Come si è anticipato, due Stati (Honduras e

un documento che comprende quattro differenti rapporti, tanti quanti i ricorsi esaminati dal *panel*.

⁹ La FCTC è vincolante non solo per l'Australia, ma anche per uno degli Stati che hanno richiesto la costituzione del *panel* OMC, l'Honduras. Ad ogni modo, tutti gli Stati interessati dalla controversia (v. *infra*, il par. 2) sono parti del Patto internazionale delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, e pertanto sono tenuti ad assicurare e promuovere il diritto alla salute ai sensi dell'art. 12 del medesimo. Gli scritti sul tema del conflitto tra i due regimi qui rilevanti sono molto numerosi. Tra i contributi più recenti v. PETERSMANN, *How to Reconcile Human Rights, Trade Law, Intellectual Property, Investment and Health Law*, *European University Institute Working Paper*, 2018/19; VOON, MITCHELL, *Community Interests and the Right to Health in Trade and Investment Law*, in *Community Interests Across International Law* (a cura di Benvenisti e Nolte), Oxford, 2018, pp. 249-277; ACCONCI, *Tackling International Normative Conflicts Arising From the Clash Between Tobacco Control and Freedom of Trade and Investment: Litigate and/or Negotiate?*, *Diritto del commercio int.*, 2018, pp. 117-134; RIMMER, *The Global Tobacco Epidemic, the Plain Packaging of Tobacco Products and the World Trade Organization*, *QUT Law Review*, 2018, pp. 131-160; LESTER, *Domestic Tobacco Regulation and International Law: The Interaction of Trade Agreements and The Framework Convention on Tobacco Control*, *Journal of World Trade*, 2015, pp. 19-48.

CONTRASTO AL TABACCO E OMC

Repubblica dominicana) hanno presentato ricorso all'Organo d'appello ¹⁰. Alla luce della crisi che concerne il funzionamento dell'Organo d'appello ¹¹, non è allo stato possibile prevedere quando tali ricorsi saranno discussi e decisi.

Ad ogni modo, nell'eventualità in cui non pervenga alcuna pronuncia da parte dell'Organo d'appello, la compatibilità della misura australiana con il diritto OMC non potrà essere messa in dubbio: il Dispute Settlement Body (DSB), infatti, ha adottato i rapporti del *panel* sul caso *Australia — Tobacco Plain Packaging* relativi ai due Stati che non hanno proposto appello (Cuba e Indonesia) ¹². Gli accertamenti del *panel* sono rilevanti, quindi, non solo per l'Australia, ma, indirettamente, anche per tutti i Membri dell'Organizzazione che nel frattempo hanno adottato, o adotteranno in futuro, la stessa tipologia di misure.

Tali accertamenti, peraltro, non potrebbero essere facilmente ignorati o messi in discussione dagli organi di soluzione delle controversie operanti nell'ambito di accordi commerciali bilaterali o regionali (qualora venissero attivati procedimenti contenziosi sulla base di tali accordi per contestare la compatibilità di misure sul controllo del consumo del tabacco simili a quella australiana con disposizioni che rinviano al diritto OMC), dal momento che il *panel* ha svolto l'analisi per gran parte alla luce di una consolidata giurisprudenza sull'interpretazione del diritto OMC ¹³.

Qui di seguito verranno analizzati entrambi i profili della controver-

¹⁰ Cfr. per l'Honduras, doc. WT/DS435/23 del 25 luglio 2018; e per la Repubblica dominicana, doc. WT/DS441/23 del 23 agosto 2018.

¹¹ In merito, v. *infra*, par. 5.

¹² Cfr. DSB, doc. WT/DS467/23 e doc. WT/DS458/22/Corr. 1 del 27 agosto 2018.

¹³ Per gli Accordi OMC su cui verte la controversia v. *infra*, par. 2. Com'è noto, gli accordi di natura commerciale bilaterali, regionali, o mega-regionali contengono spesso discipline largamente riprodottrici del diritto OMC, eccetto per quanto riguarda gli obblighi che eliminano gli ostacoli tariffari e che assicurano alle parti contraenti una maggiore integrazione economica rispetto a quella derivante dalla partecipazione all'OMC. In alcuni accordi di integrazione economica regionale recentemente negoziati vi sono disposizioni che consentono alle parti di non applicare alle misure sul controllo del consumo del tabacco i benefici derivanti dall'accordo (c.d. *carve-out*): è questo il caso del Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP), l'Accordo concluso il 4 febbraio 2016 (ma non ancora entrato in vigore) da Australia, Brunei, Canada, Cile, Giappone, Malesia, Messico, Nuova Zelanda, Perù, Singapore, Stati Uniti e Vietnam. Tuttavia, il *carve-out* in favore delle misure di controllo del consumo del tabacco opera solo per i benefici in materia di tutela degli investimenti esteri (cfr. l'art. 29, par. 5, del TPP), e, quindi, se da una parte preclude alle industrie del tabacco la possibilità di ricorrere agli organi di soluzione delle controversie, dall'altra consente alle parti di contestare la compatibilità di tali misure con gli altri obblighi previsti dall'accordo.

AZZURRA MUCCIONE

sia, quello relativo all'Accordo TRIPs e quello relativo all'Accordo TBT, nell'ordine individuato dal *panel* come il più appropriato ai fini dell'esame delle posizioni delle parti.

3. *Il profilo della controversia relativo agli obblighi sulla riduzione degli ostacoli tecnici.* — La disciplina contenuta nell'Accordo TBT è finalizzata a ridurre gli ostacoli non tariffari agli scambi internazionali derivanti dalle normative tecniche, cioè da qualsiasi regolamento di carattere vincolante che stabilisca le caratteristiche dei prodotti, ad esempio, « terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method »¹⁴.

Gli Stati ricorrenti contestavano la conformità della misura australiana rispetto al requisito di necessità di cui all'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT, in base al quale, come si è anticipato, le regolamentazioni tecniche non possono incidere negativamente sugli scambi internazionali più di quanto sia necessario a perseguire un obiettivo legittimo.

Per difendere, in prima battuta, la compatibilità della misura sul *plain packaging* con l'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT, l'Australia ha invocato l'art. 2, par. 5, dell'Accordo TBT, che assicura alle normative tecniche adottate sulla base di *standards* internazionali una presunzione di conformità all'Accordo TBT¹⁵. Secondo l'Australia, infatti, i requisiti tecnici sul confezionamento dei prodotti del tabacco erano stati elaborati sulla base di *standards* internazionali: le Linee-guida di attuazione degli articoli 11 e 13 della FCTC. Al riguardo, il *panel* ha escluso che tali documenti potessero essere considerati *standards* ai sensi dell'art. 2, par. 5, dell'Accordo TBT poiché le Linee-guida non sono state ritenute sufficientemente dettagliate da poter costituire un documento di *natura tecnica*¹⁶. Il *panel*, tuttavia, ha specificato che questo accertamento non

148

¹⁴ Cfr. l'art. 1 dell'allegato 1 all'Accordo TBT.

¹⁵ L'art. 2, par. 5, dell'Accordo recita: « whenever a technical regulation is prepared, adopted or applied for one of the legitimate objectives explicitly mentioned in paragraph 2, and is in accordance with relevant international standards, it shall be rebuttably presumed not to create an unnecessary obstacle to international trade »; corsivo aggiunto. Invero, al fine di assicurare l'armonizzazione delle normative tecniche tra gli Stati membri, l'art. 2, par. 4, dell'Accordo TBT prevede l'obbligo di adottare le normative tecniche sulla base di *standards* internazionali qualora questi esistano, a meno che uno Stato membro non ritenga tali *standards* inadeguati o inefficaci per realizzare gli obiettivi di tutela che intende perseguire.

¹⁶ Rapporto *Australia - Tobacco Plain Packaging*, cit., paragrafi 7.396-7.401.

comprometteva in alcun modo la potenziale rilevanza della FCTC e delle Linee-guida di attuazione nella successiva analisi ¹⁷.

Quanto alla verifica di compatibilità con l'art. 2, par. 2, dell'Accordo, occorre anzitutto rilevare che lo *standard* di controllo circa il rispetto del requisito della *necessità* prevede un'analisi di molteplici fattori ¹⁸, e cioè dell'apprezzamento del carattere *restrittivo degli scambi* della misura, del *contributo* che tale misura apporta alla realizzazione dell'obiettivo perseguito, e, infine, dei *rischi* che deriverebbero da una mancata realizzazione dell'obiettivo ¹⁹. Qualora lo Stato membro ricorrente indichi misure alternative meno restrittive del commercio internazionale, il *panel* è tenuto a valutare se queste misure siano ragionevolmente disponibili e se consentano di raggiungere lo stesso livello di tutela assicurato dalla normativa tecnica oggetto della controversia.

Seguendo tale impostazione, il *panel* ha considerato la misura australiana sul *plain packaging* dei prodotti del tabacco *restrittiva* degli scambi internazionali, ma non più di quanto necessario a tutelare la salute pubblica, un obiettivo legittimo la cui importanza è stata evidenziata in più punti della decisione ²⁰. Infatti, dopo aver esaminato un

149

¹⁷ *Ibidem*, paragrafi 7.403-7.405: « We wish to make clear that the determinations we have reached above [...] do not imply any determination concerning the relevance of the FCTC, or any its instruments to other aspects of our analysis of the claims before us in these proceedings. [...] In the present proceedings, our determinations above in relation to whether the relevant parts of specific FCTC Guidelines constitute, for the purposes of the second sentence of Article 2.5 of the TBT Agreement, a "standard" within the meaning of Annex 1.2, therefore imply no determination on the potential relevance of the FCTC and related instruments, including relevant parts of the Article 11 and Article 13 FCTC Guidelines, to the remainder of our analysis under Article 2.2 of the TBT Agreement ».

¹⁸ Per una puntuale analisi dell'evoluzione del requisito della « necessità » nella giurisprudenza degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, v. RUIZ FABRI, *La nécessité devant le juge de l'OMC*, in *La nécessité et le droit international* (a cura della Société française pour le droit international), Paris, 2007, pp. 189-221, che opportunamente rileva come, nel contesto dell'Accordo TBT, tale requisito s'imponga a qualsiasi misura, « alors qu'une mesure entrant dans le champ matériel des exceptions n'en sera justiciable qu'à partir du moment où elle viole une disposition du droit de l'OMC, c'est-à-dire où il faut effectivement déclencher le mécanisme de l'exception » (p. 211).

¹⁹ È lo stesso art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT che specifica di tenere in considerazione il rischio che deriverebbe dalla mancata realizzazione dell'obiettivo: « Members shall ensure that [...] technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, *taking account of the risks non-fulfilment would create*. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, *inter alia*: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products »; corsivo aggiunto.

²⁰ Il *panel* ha riconosciuto che la misura persegue un obiettivo di tutela legittimo, quale la dissuasione del consumo dei prodotti del tabacco (rapporto del *panel*, cit., par. 7.251), ritenendo non opportuno verificare altresì se la misura persegua anche un obiettivo legittimo

AZZURRA MUCCIONE

numero elevatissimo di prove presentate dagli Stati ricorrenti e dall'Australia, il *panel* ha accertato: che la misura apporta un contributo significativo alla dissuasione del consumo di tabacco ²¹, e di ciò ha trovato riscontro tanto nella FCTC che nelle Linee-guida di attuazione degli articoli 11 e 13 ²²; che i rischi derivanti da una eventuale mancata realizzazione dell'obiettivo perseguito dall'Australia sarebbero particolarmente gravi in termini di danni alla salute pubblica ²³; e che le misure alternative meno restrittive degli scambi indicate dagli Stati ricorrenti non sarebbero state idonee a raggiungere un grado di tutela equivalente a quello prescelto dall'Australia ²⁴.

In particolare, il *panel* ha rilevato che misure alternative quali l'aumento dei limiti di età per la vendita dei prodotti del tabacco, la maggiorazione dell'accisa di tali prodotti o la diffusione di campagne di utilità sociale non potessero sostituire né singolarmente né cumulativamente la normativa sul *packaging*, dal momento che quest'ultima è volta a ridurre il commercio dei prodotti del tabacco tramite una modalità particolare: la diminuzione dell'attrattività del marchio a vantaggio della visibilità di immagini e testi sui danni causati dal fumo. Il *panel* ha riconosciuto, quindi, che la normativa australiana è parte di una strategia

150

indipendente da quello della tutela della salute, ossia l'adempimento di obblighi internazionali (*ibidem*, par. 7.244).

²¹ *Ibidem*, paragrafi 7.1024-7.1045. Particolarmente interessante è la considerazione espressa dal *panel* in merito alle prove che potranno emergere in futuro circa il contributo che la misura apporta alla dissuasione del consumo dei prodotti del tabacco: « our determination is based on the evidence available to us at the time of our assessment and is not intended to prejudge the future evolution of the contribution of the TPP measures to the reduction of the use of, and exposure to, tobacco products. We note, however, that we find reasonable Australia's suggestion that the measures may be expected to have an impact in particular on future generations of young people whose exposure to tobacco advertising or promotion in Australia will have been generally limited, and that impacts on smoking cessation for existing smokers will also take some time to produce their full effects », cfr. *ibidem*, par. 7.1044; corsivo aggiunto. Per alcune riflessioni in merito alla tipologia, quantità e qualità delle prove idonee a misurare il contributo che il *plain packaging* apporta nel corso del tempo all'obiettivo perseguito, v. HIGGINS, MITCHELL, MUNRO, *Australia's Plain Packaging of Tobacco Products: Science and Health Measures in International Economic Law*, Melbourne Legal Studies Research Paper n. 653, 2013.

²² V. in particolare, rapporto del *panel*, cit., paragrafi 7.663-7.665.

²³ « In light of the objective of the TPP measures and taking into account in particular the available scientific and technical evidence, we have found that the nature of the risks non-fulfilment of the objective would create is that public health would not be improved as the use of, and exposure to, tobacco products would not be reduced. We have also found that the public health consequences of not fulfilling this objective are particularly grave » (*ibidem*, par. 7.1322).

²⁴ *Ibidem*, paragrafi 7.1470 s., 7.1544 s., 7.1621-7.1623, 7.1714-7.1716.

CONTRASTO AL TABACCO E OMC

globale volta ad affrontare un problema che « legitimately involves a *multidimensional response* »²⁵, attraverso l'adozione di misure tra loro complementari e non sostituibili, neanche in ragione della minore incidenza negativa delle misure alternative sugli scambi internazionali²⁶. Quest'ultimo rilievo, particolarmente significativo ai fini dell'accertamento della *necessità* della misura, è rafforzato da espliciti riferimenti alla FCTC, che, per l'appunto, richiede agli Stati parti di regolamentare il commercio e l'uso dei prodotti del tabacco secondo un approccio di carattere *globale*, attraverso misure che ne disciplinino ambiti ed aspetti molteplici²⁷.

Peraltro, già nel caso *US - Clove Cigarettes* gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC avevano stabilito che una misura sul controllo del consumo del tabacco (una normativa che vietava la produzione e la vendita di sigarette contenenti additivi aromatici) fosse compatibile con l'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT²⁸, ed avevano altresì valutato la *necessità* della misura non senza richiamare, tra le altre cose, le Linee-guida di attuazione della FCTC rilevanti nel caso di specie²⁹, sebbene gli

²⁵ *Ibidem*, par. 1722.

²⁶ V. *ibidem*, paragrafi 7.1717-7.1723.

²⁷ V. *ibidem*, par. 7.1728.

²⁸ Rapporto del *panel* nel caso *US — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, doc. WT/DS406/R, pubblicato il 2 settembre 2011.

²⁹ V. le *Partial Guidelines for Implementation of Articles 9 and 10 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, Regulation of the Contents of Tobacco Products and of Tobacco Products Disclosures*, adottate durante la quarta sessione della Conferenza delle parti della FCTC, che suggeriscono di vietare la vendita di prodotti del tabacco aromatizzati soprattutto per contrastare la diffusione del tabagismo tra i giovani. Secondo il *panel*, le linee-guida di attuazione della FCTC, basandosi sulle migliori evidenze scientifiche e sull'esperienza delle parti, dimostrano « a growing consensus within the international community to strengthen tobacco-control policies through regulation of the content of tobacco products, including additives that increase the attractiveness and palatability of cigarettes »: cfr. Rapporto del *panel* nel caso *US - Clove Cigarettes*, cit., paragrafi 7.414 e 7.427. Lo Stato che aveva richiesto l'istituzione del *panel*, l'Indonesia, non ha presentato ricorso dinanzi all'Organo d'appello in merito all'accertamento della compatibilità della misura con l'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT, in quanto il rapporto del *panel* aveva comunque rilevato la violazione dell'obbligo di assicurare parità di trattamento alle merci importate, stabilito dall'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT, poiché la normativa statunitense prevedeva un'eccezione in favore delle sigarette al mentolo che dava luogo ad una discriminazione nei confronti dei prodotti del tabacco aromatici (al chiodo di garofano) importati soprattutto dall'Indonesia: tale eccezione, quindi, non poteva essere giustificata ai sensi dell'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT quale *legittima distinzione* operata alla luce dell'obiettivo di tutela della salute perseguito dalla normativa (29). L'Organo d'appello, adito sul punto dagli Stati Uniti, ha confermato l'analisi svolta dal *panel* (cfr. Rapporto dell'Organo d'appello nel caso *US - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, doc. WT/DS406/AB/R, pubblicato il 4 aprile 2012, paragrafi 234-236). Per un commento v. GRUSZCZYNSKI, *The TBT Agreement and Tobacco*

AZZURRA MUCCIONE

Stati interessati dalla controversia non fossero Parti contraenti della FCTC ³⁰.

4. *Il profilo della controversia relativo alla disciplina multilaterale sulla tutela della proprietà intellettuale.* — Per quanto riguarda il profilo della controversia relativo all'Accordo TRIPs, le contestazioni più rilevanti, sulle quali convergevano tutti i ricorsi, riguardavano la violazione dell'art. 16, par. 1, che riconosce in favore del titolare di un marchio registrato il diritto « to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion », e la violazione dell'art. 20, che stabilisce l'obbligo di non ostacolare in modo ingiustificato l'utilizzo di un marchio attraverso « special requirements » ³¹.

In base a quanto sostenuto dagli Stati ricorrenti, l'Australia, vietando l'indicazione di qualsiasi segno, immagine o colore sulle confezioni dei prodotti, ad eccezione del nome dell'impresa produttrice e della tipologia di prodotto in un formato prestabilito, avrebbe fortemente limitato le possibilità di distinguere i marchi, ponendosi così in contrasto con quanto assicurato dall'art. 16, par. 1, dell'Accordo TRIPs. Nell'interpretazione di questa disposizione fornita dagli Stati ricorrenti, infatti, il titolare di un marchio registrato godrebbe del diritto di utilizzare il marchio e di non subire una riduzione della capacità distintiva dello stesso ³².

Il *panel* ha respinto la suddetta interpretazione dell'art 16, par. 1, dell'Accordo TRIPs. Attenendosi al significato letterale di tale disposizione, il gruppo di esperti ha stabilito che l'art. 16, par. 1, dell'Accordo assicura al titolare del marchio registrato solo un *diritto negativo*, ossia la

Control Regulation, Asian Journal of World Trade Organization and Int. Health Law Policy, 2013, p. 115 ss., che critica la decisione degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, poiché una tale interpretazione dell'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT non consente di regolamentare il commercio dei beni garantendo concessioni nei confronti di gruppi di interesse, le cui pressioni sono variabili realisticamente sempre presenti in qualsiasi contesto regolatorio (pp. 130-132).

³⁰ Gli Stati Uniti hanno firmato la Convenzione in data 10 maggio 2004, ma non vi hanno poi aderito.

³¹ « The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements » (art. 20 dell'Accordo TRIPs).

³² Rapporto del *panel* nel caso *Australia - Tobacco Plain Packaging*, cit., paragrafi 7.1971-1972.

garanzia di ricevere protezione da parte dello Stato per impedire a terzi di utilizzare segni distintivi simili ai propri, qualora ciò possa dar luogo ad una situazione di confusione, ma non anche un *diritto positivo* ad utilizzare il marchio registrato. Il *panel* ha escluso che la disposizione in questione obblighi gli Stati membri a mantenere intatte le « potenzialità distintive » dei marchi registrati o a garantire un'« opportunità minima » di utilizzo degli stessi — come invece ritenuto dagli Stati ricorrenti — anche alla luce di un'interpretazione sistematica dell'Accordo TRIPs: altre disposizioni, come ad esempio l'art. 20, dimostrerebbero, infatti, che gli Stati hanno il potere di regolamentare l'utilizzo dei marchi, indipendentemente dal fatto che tali interventi normativi incidano negativamente sulla potenzialità distintiva degli stessi ³³.

Quanto alla compatibilità della misura sul *plain packaging* con l'art. 20 dell'Accordo TRIPs, il *panel* ha accertato, anzitutto, che tale misura costituisce uno « special requirement » relativo all'*uso* del marchio, con ciò declinando gli argomenti dell'Australia secondo cui la regolamentazione sul *packaging* dei prodotti del tabacco non riguardava l'*uso* dei marchi, in quanto volta a colpire esclusivamente la *funzione attrattiva* di questi ultimi ³⁴.

Una volta accertato che la misura oggetto della controversia rientrava nell'ambito di applicazione della disposizione in questione, non rimaneva che precisare il significato del termine « unjustifiably » (« use of trade *unjustifiably* encumbered by special requirements ») — sul quale gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC non avevano ancora mai avuto occasione di pronunciarsi ³⁵ —, al fine di verificare se il *plain packaging* potesse considerarsi compatibile con l'art. 20 dell'Accordo in quanto imposto dall'Australia *giustificatamente*. Secondo il *panel*, la locuzione « unjustifiably » va interpretata soprattutto alla luce dell'art. 8,

³³ Secondo il *panel*, infatti, « in the absence of a positive right to use a trademark, regulatory measures that do not affect the negative right to prevent infringing uses are not prohibited by Article 16 » (*ibidem*, par. 7.2015); inoltre, « to read Article 16 as imposing upon Members limitations on regulations regarding trademark use could potentially render Article 20 itself, which addresses this point directly, inutile » (*ibidem*, par. 7.2029).

³⁴ *Ibidem*, paragrafi 7.2284-7.2286.

³⁵ Le ipotesi interpretative della dottrina sono state confermate, in linea di massima, dai rilievi del *panel*. V. FRANKEL, GERVAIS, *Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPs Agreement*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2013, p. 1149 ss.; VOON, *Flexibilities in WTO Law to Support Tobacco Control Regulation*, *American Journal of Law and Medicine*, 2013, p. 216; MCGRADY, *Revisiting TRIPs and Trademarks: The Case of Tobacco*, *Transnational Dispute Management*, 2012.

AZZURRA MUCCIONE

in base al quale gli Stati membri « may [...] adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of [the] Agreement »³⁶. Alla luce di tale contesto normativo, che esprime l'intenzione di preservare « the ability for WTO Members to pursue certain legitimate societal interests »³⁷, il *panel* ha rilevato che « the requirement under Article 20 [reflects] a recognition that there may be *legitimate reasons* for which a Member may encumber such use »³⁸ e che la protezione della salute pubblica è uno degli interessi che indubbiamente possono giustificare l'imposizione di obblighi speciali sull'uso dei marchi³⁹.

Ciononostante, per apprezzare la *giustificabilità* dell'imposizione di obblighi speciali, il *panel* ha ritenuto opportuno prendere in considerazione anche gli interessi legittimi all'uso del marchio, ai quali l'Accordo TRIPs assicura tutela in alcune disposizioni che costituiscono un valido contesto per l'interpretazione dell'art. 20⁴⁰. Quest'ultimo, quindi, « reflects the balance intended by the drafters of the TRIPs Agreement between the existence of a legitimate interest of trademark owners in using their trademarks in the marketplace, and the right of WTO Members to adopt measures for the protection of certain societal interests that may adversely affect such use »⁴¹. Applicando tale *standard* di controllo al *plain packaging*, il *panel* ha rilevato che la misura è in grado di colpire profondamente l'interesse legittimo dei titolari del marchio ad utilizzare quest'ultimo per trarne un valore commerciale ed economico, ma ha comunque evidenziato che l'impatto negativo del *plain packaging*

154

³⁶ Art. 8, par. 1, dell'Accordo TRIPs.

³⁷ Rapporto del *panel* nel caso *Australia - Tobacco Plain Packaging*, cit., par. 7.2405.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, par. 7.2406: « the specific objectives expressly identified in Article 8.1 do not, in our view, necessarily exhaust the scope of what may constitute a valid basis for the “justifiability” of encumbrances on the use of trademarks under Article 20. However, their identification in Article 8.1 may shed light on the types of recognized “societal interests” that may provide a basis for the justification of measures under the specific terms of Article 20, and unquestionably identify public health as such a recognized societal interest ».

⁴⁰ *Ibidem*, par. 7.2428. Come rilevato dal *panel*, la tutela dell'interesse legittimo all'uso del marchio è assicurata soprattutto dall'art. 17 dell'Accordo TRIPs, disposizione che stabilisce che gli Stati membri « may provide limited exceptions to the rights conferred by a trademark, such as fair use of descriptive terms, provided that such exceptions take account of the legitimate interests of the owner of the trademark and of third parties ».

⁴¹ *Ibidem*, par. 7.2429.

è attenuato dal fatto che la misura consente di indicare sulle confezioni il nome del marchio e la varietà di prodotto ⁴².

In definitiva, il *panel* ha stabilito che gli ostacoli che derivano dall'applicazione della misura sono sufficientemente giustificati dal motivo per il quale sono imposti gli obblighi speciali. Tale rilievo si fonda essenzialmente su tre circostanze, che erano già state accertate durante l'analisi relativa all'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT. Si tratta dell'idoneità della misura a ridurre l'attrattività dei prodotti del tabacco ⁴³; dell'assenza di misure alternative al *plain packaging* adatte a contribuire in modo equivalente all'obiettivo perseguito dall'Australia ⁴⁴ (elemento preso in considerazione non in quanto parte dello *standard* di controllo, ma in quanto, in particolari circostanze, « the availability of an alternative measure could call into question the reasons a respondent would have given for the adoption of a measure challenged under Article 20 ») ⁴⁵; del fatto che l'Australia, « while having been the first country to implement tobacco plain packaging, has pursued its relevant domestic public health objective in line with the emerging multilateral public health policies in the area of tobacco control as reflected in the FCTC, including the Article 11 and Article 13 FCTC Guidelines » ⁴⁶. Peraltro, proprio gli obblighi derivanti dalla FCTC mettono in evidenza, secondo il *panel*, « the importance of the public health reasons », considerato che tale Convenzione « was developed in response to the globalization of the tobacco epidemic and has been ratified by 180 countries » ⁴⁷.

5. *L'impugnazione del rapporto del panel da parte di Honduras e Repubblica dominicana. I riflessi del ricorso su alcune questioni di rilievo essenziale per il sistema OMC.* — Nel ricorso presentato dinanzi all'Organo d'appello, Honduras e Repubblica dominicana lamentano l'erronea interpretazione ed applicazione da parte del *panel* dell'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT e degli articoli 16, par. 1, e 20 dell'Accordo TRIPs; essi ritengono, altresì, che il *panel* non abbia svolto una valutazione oggettiva dei fatti della controversia in conformità all'art. 11 del *Dispute*

⁴² *Ibidem*, paragrafi 7.2556-7.2574.

⁴³ *Ibidem*, par. 7.2593.

⁴⁴ *Ibidem*, paragrafi 7.2598-7.25601.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 7.2598.

⁴⁶ *Ibidem*, par. 7.2595 s.

⁴⁷ *Ibidem*, par. 7.2604.

AZZURRA MUCCIONE

Settlement Understanding (DSU) ⁴⁸ per quanto riguarda il contributo che il *plain packaging* apporterebbe al raggiungimento del legittimo obiettivo di tutela perseguito dall'Australia — contributo che, come si è visto, è rilevante ai fini dell'applicazione tanto dell'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT quanto dell'art. 20 dell'Accordo TRIPs ⁴⁹.

A norma dell'art. 17, par. 5, del DSU, i rapporti dell'Organo di appello devono essere pubblicati al massimo entro 90 giorni dalla data di notificazione dei ricorsi. Nondimeno, nel caso di specie, l'Organo d'appello ha comunicato di non essere in grado di rispettare la suddetta tempistica per via della « exceptional size and complexity of the consolidated proceedings, including the considerable volume of the panel record and the size of the panel report, the number of issues appealed, and the many complex aspects of these appellate proceedings » ⁵⁰, nonché a causa dell'arretrato di ricorsi da esaminare e del ridotto numero dei suoi membri ⁵¹.

Il destino dei due ricorsi sul caso *Australia - Tobacco Plain Packaging* dipende, chiaramente, dall'eventuale superamento della paralisi in cui versa attualmente l'Organo d'appello, paralisi che, come noto, si deve all'opposizione degli Stati Uniti, in seno al DSB, ad eleggere nuovi membri. Una strategia che va di pari passo con le aspre critiche mosse da parte statunitense al modo di operare dell'Organo d'appello, da un punto di vista sia procedurale che sostanziale ⁵².

⁴⁸ « A panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, and make such other findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in the covered agreements » (art. 11 DSU).

⁴⁹ Cfr. rispettivamente doc. WT/DS435/23, cit., e doc. WT/DS441/23, cit.

⁵⁰ L'informazione è riportata sulle pagine del sito dell'OMC dedicate alle controversie instaurate con l'Australia rispettivamente da Honduras e Repubblica dominicana. Il sito è accessibile all'indirizzo www.wto.org/index.htm.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Per un'analisi delle diverse fasi che hanno condotto all'attuale paralisi dell'Organo d'appello (realizzatasi il 10 dicembre 2019, quando è rimasto in carica un solo membro dell'Organo d'appello), nonché per alcune proposte per il superamento della stessa, v. PAUWELYN, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, *Journal of Int. Economic Law*, 2019, p. 297 ss.; GAO, *Disruptive Construction or Constructive Destruction? Reflections on the Appellate Body Crisis*, in *The Appellate Body of The WTO and Its Reform* (a cura di Lo, Nagakawa e Lin), Singapore Management University School of Law Legal Studies Research Paper n. 29, 2019, p. 215 ss.; SACERDOTI, *Sopravviverà l'Organizzazione mondiale del commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un « global public good » da difendere*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, pp. 685-700; BARONCINI, *Il funzionamento dell'Organo d'appello dell'OMC: bilancio e prospettive*, Bologna, 2018, p. 57 ss.

Come si è anticipato, un eventuale mancato ripristino del funzionamento di tale organo non potrà mettere in discussione la conformità della misura sul *plain packaging* al diritto OMC⁵³. Qualora l'Organo di appello venisse posto, invece, nelle condizioni di riprendere la propria attività, i due ricorsi proposti da Honduras e Repubblica dominicana richiederebbero a tale Organo di confrontarsi con (almeno) due importanti questioni.

La prima attiene al controllo dell'Organo di appello sull'operato dei *panels* circa la valutazione oggettiva dei fatti della controversia, in conformità a quanto imposto dall'art. 11 della DSU — disposizione che, come si è detto, Honduras e Repubblica dominicana ritengono sia stata violata dal *panel*. Com'è noto, una delle critiche che gli Stati Uniti muovono all'Organo di appello riguarda proprio la posizione che quest'ultimo assumerebbe in relazione ai reclami concernenti la violazione dell'art. 11 della DSU da parte dei *panels*. Secondo gli Stati Uniti, infatti, l'Organo di appello avrebbe « consistently reviewed panel fact-finding [and] reached conclusions that are not based on panel factual findings or undisputed facts »⁵⁴, nonostante esso sia tenuto ad esaminare esclusivamente le questioni di diritto affrontate nel rapporto del *panel*⁵⁵. Come è stato osservato, i rilievi dell'Organo di appello sull'asserita violazione dell'art. 11 della DSU non potranno che dipendere « largely on the degree of reference [the Appellate Body] grants the Panel as “trier of fact” in making overarching assessments of large amounts of conflicting evidence presented by opposing parties »⁵⁶.

La seconda questione riguarda il rilievo che i *panels* e l'Organo di appello sono legittimati ad attribuire alle norme internazionali « esterne » agli Accordi allegati ai fini della soluzione di una controversia. Si tratta di una questione estremamente rilevante, che, in tempi di « frammentazione » del diritto internazionale, chiama in causa il rapporto tra il diritto OMC e le norme previste da altri regimi internazionali, in particolar modo quelle poste a tutela di valori non commerciali. Repubblica dominicana e Honduras lamentano, infatti, un'errata appli-

⁵³ V. *supra*, il brano del testo corrispondente alla nota 12.

⁵⁴ *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body*, Geneva, 27 agosto 2018.

⁵⁵ Cfr. l'art. 17, par. 6, DSU.

⁵⁶ Cfr. VOON, *Third Strike: The WTO Panel Reports Upholding Australia's Tobacco Plain Packaging*, *Journal of World Investment and Trade*, 2019, p. 156.

AZZURRA MUCCIONE

cazione dell'art. 20 dell'Accordo TRIPs poiché il *panel* avrebbe, tra le altre cose, giustificato il *plain packaging* « by relying on non-covered agreements »⁵⁷. Per quanto sia poco articolato, questo punto dell'appello evoca il noto dibattito della dottrina circa l'(in)applicabilità delle norme esterne al sistema OMC per la soluzione di una controversia, cioè per giustificare misure commerciali contrarie al diritto OMC la cui adozione sia però in linea con quanto richiesto da norme esterne agli Accordi allegati. Più precisamente, secondo una parte della dottrina, l'applicabilità di norme esterne sarebbe preclusa agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC in ragione del disposto di cui all'art. 19, par. 2, della DSU, secondo il quale, « in their findings and recommendations, the panel and Appellate Body cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements »⁵⁸; mentre, secondo altri autori, i *panels* e l'Organo di appello potrebbero risolvere una controversia alla luce di norme esterne al sistema OMC, purché esse siano *applicabili* alle parti in controversia⁵⁹. Questa seconda tesi non è, però, del tutto rilevante per il caso *Australia - Tobacco Plain Packaging*, poiché soltanto l'Australia e l'Honduras (e non anche la Repubblica dominicana) sono parti della FCTC.

158

Ad un'attenta valutazione, non sembra che il *panel* abbia ritenuto *direttamente giustificata* la misura sul *plain packaging* in quanto richiesta da obblighi internazionali in materia di tutela della salute incombenti sull'Australia; e non sembra nemmeno che abbia *interpretato* il termine « unjustifiably » di cui all'art. 20 dell'Accordo TRIPs secondo il principio di integrazione sistemica accolto nell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, cioè « alla luce delle pertinenti norme internazionali applicabili tra le parti ». Tale disposizione è peraltro intesa dagli organi di soluzione delle controversie dell'OMC come riferita alle norme internazionali applicabili, in linea di massima, a tutte le parti del trattato oggetto di interpretazione e non alle parti della controversia⁶⁰. I richiami del *panel* alla FCTC e alle Linee-guida di

⁵⁷ Doc. WT/DS435/23, cit., p. 2

⁵⁸ V., ad esempio, BARTELS, *Jurisdiction and Applicable Law in the WTO*, University of Cambridge Legal Studies Research Paper No. 59/2014.

⁵⁹ V. per tutti PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law, How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, 2003.

⁶⁰ Cfr. Rapporto del *panel* nel caso *EC - Biotech*, doc. WT/DS291/R, 29 settembre 2006, par. 7.68, che ha interpretato il termine « parti » di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), nel senso di parti al trattato da interpretare. V., però, le considerazioni espresse nel caso *EC - Civil Aircraft*

attuazione degli articoli 11 e 13 della stessa operano, invece, alla stregua di elementi fattuali nel giudizio di bilanciamento, presi in considerazione per ritenere provata tanto la bontà (nel senso proprio del significato del termine « unjustifiable » secondo il *panel*, ossia: assenza di « good reasons ») che l'importanza delle ragioni esposte dall'Australia⁶¹. Questo stesso approccio è stato seguito dal *panel* anche in relazione all'analisi del requisito di necessità previsto dall'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT⁶². Ad ogni modo, sebbene non sembri che il *panel* abbia applicato norme esterne o interpretato gli Accordi OMC alla luce di queste ultime, sarebbe comunque opportuno che l'Organo di appello cogliesse l'occasione per pronunciarsi, anche solo in termini generali, in merito al rilievo delle norme esterne ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto OMC.

Sempre avendo riguardo ai riferimenti alla FCTC che si rinvencono nel rapporto del *panel* sul caso *Australia - Tobacco Plain Packaging*, la critica mossa dalla dottrina è di carattere opposto a quella proveniente da parte dei due Stati che hanno presentato il ricorso all'Organo d'appello: « the FCTC should be used not only as factual reference, but also as *legal norms* informing *application* and *interpretation* of the WTO agreements »⁶³.

Occorre chiedersi, tuttavia, se nel caso in esame sarebbe stato possibile prendere in considerazione la FCTC per *interpretare* il diritto

dall'Organo d'appello, che sembra aver preso le distanze dalla precedente interpretazione del termine « parti » resa dal *panel* nel caso *EC - Biotech*, ritenendola così rigida da rendere impossibile attribuire un rilievo ai trattati esterni al sistema OMC, considerata la difficoltà di rinvenire una perfetta coincidenza tra la sfera soggettiva dell'Accordo di Marrakesh e quella di un qualsiasi altro trattato multilaterale. Nel caso *EC - Civil Aircraft*, infatti, l'Organo d'appello ha affermato che « a proper interpretation of the term "the parties" must also take account of the fact that Article 31(3)(c) of the Vienna Convention is considered an expression of the principle of systemic integration » (cfr. Rapporto dell'Organo d'appello nel caso *EC - Civil Aircraft*, doc. WT/DS316AB/R, 18 maggio 2011, par. 845). Tuttavia, l'Organo d'appello non ha precisato come tener conto di tale principio, limitandosi ad affermare che qualora si ricorra a norme esterne per interpretare il diritto OMC è necessario effettuare un *delicato bilanciamento*, da una parte, valutando gli obblighi internazionali (esterni) degli Stati membri dell'OMC, e dall'altra parte, assicurando « a consistent and harmonious approach to the interpretation of WTO law among all WTO Members » (*ibidem*; corsivo aggiunto).

⁶¹ Cfr. *supra*, il brano del testo corrispondente alla nota 46.

⁶² Cfr. *supra*, il brano del testo corrispondente alla nota 25.

⁶³ DEVEILLIER, GLEASON, *Consistent and Recurring Use of External Legal Norms: Examining Normative Integration of the FCTC post-Australia-Tobacco Plain Packaging*, *Journal of World Trade*, 2019, p. 538; corsivo aggiunto. In tal senso, v. anche VILLARREAL, *The WTO Plain Packaging Reports: Some Reflections*, *Global Health Law Groningen Blog*, 2018.

AZZURRA MUCCIONE

OMC in un'ottica di maggiore unitarietà del sistema giuridico internazionale. Se, da una parte, il *panel* avrebbe potuto attribuire un rilievo interpretativo alla FCTC, ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, poiché si tratta di un trattato multilaterale che, per quanto non vincolante tutti gli Stati parti della controversia, è stato comunque ratificato da un numero elevatissimo di Stati membri dell'OMC⁶⁴, dall'altra parte, un tale tentativo di integrazione sistemica avrebbe avuto probabilmente esiti infruttuosi poiché la FCTC non contempla espressamente l'adozione di misure sul *plain packaging* dei prodotti del tabacco⁶⁵.

Come si è detto, infatti, questa tipologia di misure è suggerita dalle Linee-guida di attuazione degli articoli 11 e 13 della FCTC, strumenti che, alla luce del loro carattere non vincolante, non potrebbero essere presi in considerazione alla stregua di norme internazionali applicabili alle parti ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, se non ricorrendo ad una concezione estensiva di tale criterio ermeneutico che al momento non trova conferma nella prassi OMC⁶⁶.

160

⁶⁴ Dal momento che la quasi-totalità dei Membri dell'OMC è parte della FCTC, il *panel* avrebbe potuto prendere in considerazione tale Convenzione alla luce delle considerazioni espresse dall'Organo d'appello nel caso *EC - Civil Aircraft* (v. *supra*, nota 59): nel caso in esame, infatti, il tener conto degli obblighi internazionali dell'Australia non avrebbe ragionevolmente compromesso « a consistent and harmonious approach to the interpretation of WTO law among all WTO Members » (*ibidem*). In particolare, il *panel* avrebbe potuto tener conto delle disposizioni della FCTC rilevanti nel caso in esame per interpretare le espressioni « *unjustifiable encumbrance* » (art. 20 dell'Accordo TRIPs) e « *unnecessary obstacle to international trade* » (art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT); corsivi aggiunti.

⁶⁵ È possibile che sia questo il motivo per il quale l'Australia non ha richiesto al *panel* di prendere in considerazione gli articoli 11 e 13 della FCTC per interpretare l'art. 20 TRIPs o l'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁶⁶ Si consideri, al riguardo, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che interpreta gli obblighi previsti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali secondo la c.d. dottrina del *vacuum* (« the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a *vacuum* », pertanto, « it must take into account any relevant rules of international law »: cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 18 dicembre 1996, *Loizidou c. Turchia*, ricorso n. 15318/89, par. 43), cioè alla luce di fonti che trovano origine in sistemi esterni talvolta prescindendo tanto dall'applicabilità di tali fonti ai rapporti tra le parti della CEDU che dal carattere vincolante delle stesse: v. la ricostruzione puntuale di GAVRYSH, *Lo Stato di emergenza e la dottrina del vacuum nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Rivista*, 2019, pp. 79-108. La tecnica indicata sembra venire in rilievo, tuttavia, quale criterio interpretativo autonomo rispetto a quello di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (ivi, p. 87). Sul tema, v. inoltre PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi*

CONTRASTO AL TABACCO E OMC

Ed è proprio alla luce dei limiti del principio di integrazione sistemica che vanno apprezzati i riferimenti del *panel* alla FCTC e alle Linee-guida di attuazione — riferimenti che non hanno avuto un rilievo marginale nell'accertamento della compatibilità della misura australiana con gli Accordi OMC. Infatti, è proprio guardando a tali norme che il *panel* ha confermato l'inesistenza di misure alternative disponibili per l'Australia: un accertamento essenziale ai fini della positiva valutazione sia della *necessità* della misura ai sensi dell'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT, che della *giustificabilità* della stessa ai sensi dell'art. 20 dell'Accordo TRIPs⁶⁷.

Peraltro, lo stesso approccio utilizzato dal *panel* si rinviene anche nell'ambito di sentenze arbitrali rese in base a trattati sulla tutela degli investimenti esteri: in tali contesti, ad esempio, la FCTC e le pertinenti Linee-guida di attuazione sono state prese in considerazione quali elementi idonei a provare la ragionevolezza e la proporzionalità della misura oggetto della controversia e quindi la compatibilità di quest'ultima con l'obbligo di assicurare all'investitore straniero uno *standard* di

161

della Commissione e della Corte di Strasburgo, Napoli, 1998, p. 83 ss., p. 124 ss. Un tale modo di procedere, essenzialmente svincolato dalle condizioni richieste dall'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna, è tendenzialmente ignorato dagli organi di soluzione delle controversie dell'OMC (se si esclude il riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare operato dall'Organo d'appello nel caso *US-Shrimp* al fine di interpretare il termine « natural resources » di cui all'art. XX, lett. g), dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio; in argomento, v. per tutti PAPA, *The Relationship between International Trade Law and the Law of the Sea in the WTO Dispute Settlement Practice*, in *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals* (a cura di Del Vecchio e Virzo), Heidelberg, 2019, p. 321 ss.). Nella loro prassi più recente tali organi hanno preso in considerazione le fonti esterne al sistema OMC non per interpretare o delimitare il contenuto degli obblighi previsti dagli Accordi allegati, ma essenzialmente a titolo di prova di fatti rilevanti per la controversia: v., ad es., il rapporto del *panel* nel caso *Brazil - Retread Tyres*, doc. WT/DS332/R, 12 giugno 2007, par. 7.81; il rapporto del *panel* nel caso *EC - Seal Products*, documenti WT/DS400/R, WT/DS401/R, 25 novembre 2013, par. 7.296; il rapporto del *panel* nel caso *US - Clove Cigarettes*, cit., paragrafi 7.414 e 7.427. Alla luce di tale prassi, deve ritenersi che il massimo rilievo che il *panel* avrebbe potuto attribuire alle linee-guida di attuazione della FCTC, *sul piano normativo*, sarebbe stato quello di riconoscere tali strumenti quali *standards* internazionali di armonizzazione ai sensi dell'art. 2, par. 4, dell'Accordo TBT (v. *supra*, par. 3). Per alcuni rilievi critici su questo aspetto del rapporto v. GRUSZCZYNSKI, MELILLO, *The FCTC and Its Role in WTO Law: Some Remarks on the WTO Plain Packaging Report*, *European Journal of Risk Regulation*, 2018, pp. 564-574, che evidenziano come il *panel* sia caduto in contraddizione ammettendo che le linee-guida « synthesise the existing evidence on tobacco control policies » e allo stesso tempo escludendo che tali strumenti « constitute a *standard* for such policies » (p. 574).

⁶⁷ Cfr. *supra*, i brani del testo corrispondenti alle note 27 e 47.

AZZURRA MUCCIONE

trattamento equo e giusto ⁶⁸. Se l'Organo d'appello considerasse valido l'approccio seguito dal *panel* nel caso *Australia - Tobacco Plain Packaging*, ne risulterebbe senz'altro rafforzata la possibilità di ritenere *ex ante* compatibili con il sistema OMC le misure commerciali restrittive volte alla tutela di interessi non economici che danno attuazione ad obblighi derivanti da altri regimi convenzionali, pur non essendo direttamente previste da fonti di carattere vincolante.

⁶⁸ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, ICSID Case n. ARB/10/07, 8 luglio 2016, paragrafi 389-401.